

GUIDO ALPA

Diritto privato europeo. Come costruire l'unità nel rispetto della diversità(*)

Sintesi della relazione presentata al Convegno internazionale di studio organizzato dalla Università degli Studi di Messina, dal Centro europeo S.Pugliatti in diritto privato europeo e dal Dipartimento di diritto privato e teoria del diritto, Messina, 28-30 settembre 2005

Il processo di edificazione del diritto privato europeo è in corso ormai da più di cinque lustri^[1]. Per riprendere la scansione dei fattori normativi proposta da Rodolfo Sacco, esso deve la sua origine e il suo consolidamento a tre formanti: la formante dottrinale, la formante giurisprudenziale e la formante legislativa.

1. La formante dottrinale

La formante dottrinale ha promosso diversi indirizzi culturali; tre di essi sono i più significativi. L'indirizzo della *spontanea convergenza*, secondo la quale gli ordinamenti dei Paesi Membri, pur avendo origini culturali, politiche e giuridiche assai difformi tra loro, hanno adottato modelli simili, hanno messo in atto trapianti, hanno subito la circolazione di idee, regole, soluzioni, e si avviano ad un costante, progressivo avvicinamento; in ogni caso, tenendo conto delle regole operazionali, pur muovendo da premesse divergenti, le soluzioni finiscono per essere simili. E' un'idea condivisa da molti studiosi, tra i quali lo stesso Sacco e Basil Markesinis. A questo indirizzo si possono ascrivere anche le ricerche sul "common core" degli ordinamenti giuridici, effettuate dal gruppo di Trento e le ricerche sui "casi simili" del diritto privato europeo, effettuate dai gruppi di studio franco-belgi. A questo stesso indirizzo, anche se persegue finalità diverse, si possono ascrivere i contributi di quanti, muovendo da una (presupposta) base culturale comune, costituita da valori, modelli e tecniche di ragionamento, terminologie, prassi contrattuali, ritengono che il diritto privato europeo non sia un processo in fieri, bensì un processo già compiuto da molto tempo, e che il compito del giurista oggi consista solo nel dargli una compiuta forma. In questo senso si è espresso, ad es., R. Zimmermann, il quale fonda il diritto privato europeo nella tradizione romanistica, che costituirebbe la "base" di tutti i diritti dell'Europa continentale e di diversi istituti del common law.

Pur essendo innegabile che termini, istituti, rimedi risalgano alla tradizione romanistica, Zimmermann dimentica, innanzitutto, la rielaborazione delle fonti romane da parte dei giuristi medievali e moderni, e poi la cesura con quella tradizione costituita dalle codificazioni nazionali e dai loro successivi sviluppi.

Il processo di convergenza è molto lento, anche se in atto. E così il secondo indirizzo culturale si è dedicato allo studio dell' *acquis communautaire*. In particolare il gruppo di Schulte Nölke sta studiando il modo nel quale

(*) Sintesi della relazione presentata al Convegno internazionale di studio organizzato dalla Università degli Studi di Messina, dal Centro europeo S.Pugliatti in diritto privato europeo e dal Dipartimento di diritto privato e teoria del diritto, a cura del prof. Vincenzo Scalisì, Messina, 28-30 settembre 2005.

[1] Per una descrizione delle fasi di evolutive di questo processo v. Alpa e Andenas, *Fondamenti del diritto privato europeo*, nel *Tratto di diritto privato* a cura di G.Iudica e P.Zatti, Milano, 2005

procedono le direttive comunitarie che fissano regole uniformi , in determinati settori, per tutti gli ordinamenti dei Paesi membri.

Il terzo indirizzo culturale preferisce individuare i principi comuni, settore per settore, ai singoli ordinamenti, aggiornarli alla luce della evoluzione del diritto comunitario, ed organizzarli in modo sistematico, a mo' di *restatement*, o, se introduce innovazioni, a mo' di "codice", un "codice modello" che le parti nella loro libera contrattuale potrebbero adottare, oppure gli stessi legislatori nazionali potrebbero assumere a guida (come è già avvenuto per alcuni principi del testo Lando-Beale da parte del legislatore tedesco che ha innovato il BGB) , oppure il legislatore comunitario potrebbe imporre mediante lo strumento della direttiva o del regolamento.

2. La formante giurisprudenziale

Alla formante dottrinale si affianca la formante giurisprudenziale. In questo contesto essa opera a due livelli: il livello comunitario e il livello nazionale. A livello comunitario la formante è data dalle migliaia di pronunce della Corte di Giustizia, che ha provveduto dapprima a cementare il diritto comunitario – come è stato illustrato da due saggi magistrali, l'uno ormai risalente, di Gabriele Pescatore, l'altro più recente, di Federico Mancini - ed ora procede ad edificare il diritto privato europeo : ne sono nati i principi generali del diritto comunitario, la precisazione delle regole sulla interpretazione del diritto comunitario, l'attuazione diretta del diritto comunitario ai rapporti interni, la definizione di consumatore, i contenuti di alcuni rimedi concessi ai titolari di diritti derivanti dal diritto comunitario ed introdotti negli ordinamenti nazionali.

Anche la formante giurisprudenziale nazionale è importante, a questo proposito. E non solo perché, secondo quanto ritenuto dalla Corte di Giustizia, il giudice nazionale per risolvere i problemi di applicazione del diritto comunitario o delle regole di derivazione comunitaria , dovrebbe tener conto delle pronunce dei giudici degli altri Paesi membri riguardanti la materia in esame, ma anche perché i giudici nazionali fanno un largo uso delle fonti comunitarie. Anzi, per quanto riguarda la Carta di Nizza, addirittura l'hanno elevata a dignità di testo normativo, pur essendo essa esplicitamente un documento politico.

3. La formante legislativa.^[2]

Essa si avvale delle diverse fonti del diritto comunitario, ma, per quanto riguarda il diritto privato europeo, si affida soprattutto alle direttive. A questo proposito occorre però distinguere le direttive più risalenti da quelle più recenti. Le prime , costituite da poche regole, sono incentrate, per il settore del diritto dei consumatori, nella concessione di qualche forma di tutela addizionale a quelle già previste dagli ordinamenti nazionali, come, ad es., il recesso (il c.d. *jus poenitendi*) nei primi giorni successivi alla conclusione del contratto; le seconde sono invece assai dettagliate, sia con riguardo alla fase della precontrattuale e alla fase della conclusione del contratto sia con riguardo alla precisazione del contenuto del contratto. Ad es. la direttiva sulla multiproprietà è così analitica che risulta assai difficile pensare ad uno spazio

^[2] Essa risulta in tutta la sua ampiezza dalla raccolta di Scalisi, *Codice del diritto privato europeo*, Milano, 2002

ulteriore lasciato alla autonomia delle parti Per non dire poi delle direttive che hanno tenore generale, come quella sulle clausole abusive o quella sulle garanzie nella vendita, e ancora la direttiva sul commercio elettronico o quella sui pagamenti.

Ma possiamo individuare un terzo tipo di direttive, a cui si ascrive ad es. la direttiva sulla vendita di prodotti finanziari a distanza recepita un mese fa dal legislatore italiano. Si tratta di direttive in cui non si disciplina il contratto ma il comportamento dei contraenti, nella fase anteriore alla conclusione e nella fase ad essa posteriore. Esse si incentrano sulle informazioni che si debbono scambiare le parti, in modo da ridurre l'asimmetria informativa tra di loro esistente. Questa direttiva, tuttavia, introduce un nuovo rimedio: oltre al recesso, prevede la *nullità* del contratto (nullità relativa) nel caso in cui il professionista non abbia fornito le informazioni essenziali sulla natura e sui contenuti del servizio finanziario promosso a distanza. Insomma, una nullità per la violazione degli *obblighi informativi precontrattuali*, che darà molto a pensare ai giuristi italiani, ancorati al disposto degli artt. 1337 e 1338 cod.civ.

L'armonizzazione, un tempo incentrata sul "minimo comun denominatore" dei diversi ordinamenti, ora ha alzato il suo livello, ed è divenuta molto più stringente. L'armonizzazione più estesa dà luogo a due ulteriori fenomeni: da un lato, l'uniformazione vera e propria, nei settori di intervento comunitario, dall'altro, la naturale espansione di queste regole ad altri settori che, pur non appartenendo all'area di competenza degli organi comunitari, tuttavia, essendo ad essa attigui, ne risentono l'influenza.

Sul formante legislativo si è ora incentrata l'attenzione degli organi comunitari. A differenza di quanto era accaduto all'inizio degli anni Novanta, in cui si era manifestato un aperto dissidio tra gli orientamenti del Parlamento europeo, incline a promuovere un codice civile europeo, e la Commissione, più favorevole ad una armonizzazione del diritto contrattuale espressa mediante la elaborazione di principi, oggi si pensa alla redazione di una cornice di principi, circoscritta al diritto contrattuale e alle altre fonti delle obbligazioni, a qualche contratto speciale, ed è caduta sia l'idea di un codice civile imposto dalla Comunità, sia la uniformazione mediante modelli contrattuali diffusi tra gli operatori. Proprio in questo senso si esprime il nuovo documento ora diffuso dalla Commissione, la COM (2005) 456 (di cui non è stato reso noto il giorno perché non ancora ufficiale) in cui, apprezzando l'indirizzo del CFR-Net, la Commissione indica il percorso da seguire nel futuro^[3]

Il documento ha contenuti eminentemente metodologici: chiarisce il rapporto tra regole generali del contratto e regole relative a taluni contratti speciali, richiama l'attenzione sulla esigenza di chiarire gli scopi di questo lavoro, sottolinea l'esigenza di salvaguardare la libertà contrattuale e di evidenziare, in ogni proposta di unificazione, le regole imperative che ne costituiscono altrettante limitazioni, sottolinea anche l'opportunità di approfondire gli aspetti comparatistici dei problemi esaminati e segnala quattro settori nei quali appare opportuno intervenire con mezzi di regolazione diretta: gli strumenti di misura, l'azione inibitoria, la multiproprietà, la vendita a distanza.

^[3] Report from the Commission . First Annual Progress Report on European Contract Law and the Acquis Review

4. Come e perché procedere?

Il percorso seguito dagli organi comunitari nella costruzione del diritto privato europeo non è dunque lineare, ma piuttosto a "zig-zag", con progressivi adattamenti e qualche cambiamento. Anche se il percorso è stato accelerato negli ultimi anni, con la Comunicazione del 2001, in cui si sono identificate le possibili scelte (lasciare le cose come stanno e attendere la convergenza naturale, migliorare l' acquis, predisporre terminologie e principi comuni, redigere un codice civile), con il Piano di Azione del 2003, volto a scegliere il miglioramento dell'acquis e a individuare principi comuni, e ora il Piano d' Azione del 2005, inteso a confrontare i ricercatori con gli stakeholders, tutti i soggetti portatori di diritti e interessi e quindi incisi dal progetto (professionisti e consumatori, avvocati e notai, imprenditori ed esponenti di organizzazioni non lucrative).

Ma perché procedere?

La competenza dell' Unione in materia di diritto privato europeo è stata contestata, in particolare dai giuristi inglesi, in quanto non prevista dal Trattato. Tuttavia, Parlamento e Commissione sono dell'idea che l'armonizzazione del diritto privato sia necessaria per l'integrazione del mercato unico, e che affidare invece i rapporti contrattuali tra professionisti e tra professionisti e consumatori alle regole del diritto internazionale privato sulla scelta della legge applicabile, oppure affidare alle parti questo compito (come richiederebbe la libertà contrattuale) sia inopportuno, non solo perché molte volte le parti non sono esperte, ma perché sarebbero esposte alla ignoranza della legge effettivamente applicata ; solo pochi eletti conoscono gli ordinamenti di tutti o di alcuni dei Paesi Membri, e per la circolazione di beni e servizi è invece opportuno che le regole siano uniformi.

Dobbiamo tuttavia assumere molte cautele nel valutare le critiche che spesso sono mosse all'operato della Unione. Esse si incentrano su ragioni formali, talvolta su ragioni ideali (la salvaguardia delle culture nazionali, la prevalenza dei modelli archetipici, la salvaguardia dei valori locali) ma spesso nascondono ragioni meno nobili, di stampo prettamente economico. In fin dei conti, l'applicazione di un modello nazionale, facilmente esportabile (ad es., il common law) è fonte di grandi risorse economiche, sia perché essa è assistita dai professionisti che si sono formati su quel modello, sia perché le controversie in cui si applica quel modello si incentrano nel Paese che quel modello ha creato, sia perché la gran parte delle operazioni finanziarie sono concluse sulla base di quel modello.

Che resta dunque del modello italiano, affidato ad una lingua che pochi conoscono, a regole che quasi tutti gli stranieri ignorano, ad una immagine del Paese che si presta a immeritate denigrazioni? E che resta dei modelli di civil law, quando la Banca mondiale degli investimenti, nel Rapporto dell'attività per il 2004, operando il confronto tra modelli di common law e modelli di civil law, in modo risibile e pretestuoso denuncia la rigidità dei modelli di civil law perché codificati, la lungaggine dei procedimenti perché i codici sono troppo complicati, ed insinua persino che gli stessi giudici di civil law non siano attendibili e corretti?

Ciò che possiamo fare per rimanere sulla cresta dell'onda e non essere sommersi è appunto partecipare attivamente a questo processo di costruzione

del diritto privato europeo perché almeno una parte di esso, un aspetto di esso, un brandello di esso, sia espressione della cultura giuridica italiana, di cui siamo a buon titolo orgogliosi.

La costruzione dell' Europa – dell' Europa dei diritti - è difficile, tortuosa, assai faticosa. Ma stiamo assistendo ad un fenomeno storico del tutto peculiare: normalmente l'introduzione di un nuovo mondo giuridico è frutto di una rivoluzione. Qui si è costruita prima l' Europa dei diritti che non l' Europa politica. E l' Europa, da mera espressione geografica, da accidente storico, da dominio delle Grandi Potenze, è ora diventata il modello dei diritti , individuali, incentrati sulla persona. Il collegamento tra diritto privato europeo e Costituzione europea, con i suoi valori, è stretto e deve essere approfondito.

E' per questo che sono grato a Vincenzo Scalisi, espressione della grande Scuola messinese, per aver organizzato questo congresso che ci ha consentito di svolgere una riflessione comune non solo sul destino del diritto privato europeo ma anche sul futuro della cultura giuridica italiana.
